

# ***EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR***

---

**JOSÉ AUGUSTO DELGADO\***

*Juiz do Tribunal Regional Federal 5ª Região e  
Professor Adjunto UFRN*

## **Sumário:**

1. Conceito de Medida Cautelar. 2. Condições Processuais para a Ação Cautelar. 3. Características Básicas da Ação Cautelar. 4. A Eficácia da Medida Cautelar Vista pela Jurisprudência.

### **1. Conceito de Medida Cautelar**

A doutrina dominante a respeito da Ação Cautelar está assentada na afirmação de que ela é uma forma toda especial de se proteger, com sentido integrativo, os efeitos futuros do processo de conhecimento. Desse posicionamento decorre o estado realista de que o seu objetivo primordial é o de garantir a coercibilidade ínsita em qualquer pronunciamento jurisdicional, sem perder, também, o caráter de ser uma proteção provisória ao direito das partes.

Isso não concorre que ela perca a sua característica de se apresentar como instrumento processual capaz de tomar efetiva a realização dos direitos subjetivos ou de outras formas de interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos. Entretanto, essa força processual se desenvolve dentro de limites que impõem uma essência preventiva de proteção jurisdicional, cuja finalidade é a de conservar a incolumidade dos direitos submetidos ao *decisum* da atuação jurisdicional, ou mesmo de algum interesse ilegítimo, desde que esteja a incidir sobre eles uma situação de emergência com uma potencialidade capaz de por em risco a futura entrega daquela prestação invocada ao Estado.

O dano iminente e de difícil reparação ao lado de um direito que se apresente com qualidades de receber proteção da ordem jurídica são os pressupostos fundamentais que sustentam o êxito da ação cautelar, sem se perder de vista que tal estado de perigo não pode ser evitado pelas formas normais da atuação da tutela jurisdicional.

A razão do avanço, em nosso sistema processual, da eficácia da medida cautelar se determinou, por um lado, pela morosidade com que os processos normais atingem os seus objetivos, enquanto, por outro lado, a influenciar o seu prestígio como útil instrumento processual se fez sentir a coerção exercida pela necessidade de se entregar à parte, mediante sentença judicial, uma estabilidade provisória em relação ao direito discutido e em estado de risco. Essa posição acolhida pela ciência processual decorreu da sensibilidade firmada pelo desenvolvimento das condições dos vários estamentos sociais, de onde afloram desequilíbrios entre litigantes e, conseqüentemente, a necessidade de, mesmo provisoriamente, ser assegurado, por regras firmes ditadas pelo processo, o direito material discutido.

Uma visão genérica sobre a realidade jurídica contemporânea espelha um caráter expansivo das medidas cautelares, pelo que, hoje, ela é aplicada para a composição transitória concernente a qualquer relação jurídica em litígio.

Isso, contudo, não lhe retira o caráter de provisoriedade a conduzir a instalação de uma vantagem para se alcançar a tão necessária eficácia da decisão proferida no seio do processo.

Certo é que

o que individualiza e particularmente define a tutela cautelar, como forma de tutela preventiva, é ser ela uma espécie de proteção jurisdicional não-satisfativa do direito, cuja existência se alega e para cuja proteção se dispõe da medida cautelar. Daí dizer-se que a proteção cautelar apenas assegura, sem satisfazer, o provável direito da parte

(Ovídio A. Baptista da Silva, *in Teoria da Ação Cautelar*, capítulo da obra *Teoria Geral do Processo Civil*, Letras Jurídicas Editora Ltda., p. 326).

A afirmação de que a tutela cautelar não é satisfativa tem seu íntimo relacionamento com a definitividade visada com a entrega da prestação jurisdicional solicitada com apoio nas regras de direito material. Não descaracteriza, contudo, o caráter de segurança que ela tem para que possa ser alcançado o objeto final da pretensão que é a extirpação da situação em conflito.

A posição estável de um conceito a respeito da tutela cautelar encontra dificuldades em determinados questionamentos que são feitos pelos doutrinadores e que são, ainda, hoje, motivos de meditação pelos que se preocupam com o problema.

De início, indaga-se da possibilidade de existirem pretensões de segurança cautelar nas ações declaratórias. Pontes de Miranda, p. 18, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 18, Tomo XII, Forense, afirma, sobre o tema, que:

Noutros termos: que a propositura realizada, ou a vir, de ação declaratória do art. 4º, ou de outra ação declarativa, não justifica o uso de medidas preventivas.

Estranhamos encontrar tal opinião adotada por Rudolf Pollak (*System des Osterreichischem Zivilprozessrechts*, 1937), de ordinário o mais exato e comedido dos cientistas do processo.

Influência de G. Walker-Jaitner (*Exekutionsrecht*, 3ª ed. 320), não contrabalançada pela discordância, bem fundada, de A. Rintelen (*Die einstweilige Verfiigung*, 29). Essa questão tem de ser encarada em todos os seus diferentes conteúdos: se trata de pretensão, a segurança do fato, da prova, a proposição é falsa; se trata de pretensão à segurança de pretensão, cumpre indagar-se se a declaração da existência ou inexistência da relação não envolve, excepcionalmente, é certo, a 'segurança' da pretensão.

A solução do tema se coloca, assim, com um forte relacionamento com a pretensão posta na cautelar com vistas para a declaratória. Se a cautelar pretende, tão-somente, uma medida ligada a fazer demonstrar o conteúdo dos elementos que irão provar a relação jurídica a ser discutida na cautelar, como por exemplo uma produção antecipada de provas, a medida cautelar é possível. Em outras situações, a indagação repousa na excepcionalidade de se necessitar, para fins da declaração visada, uma segurança da pretensão. É o caso, por exemplo, de uma cautelar inominada para se suspender o curso do protesto de um título, cuja inexistência de relação jurídica está para ser discutida em ação principal.

A tutela cautelar não examina da existência, ou não, de um dano. Ela prevê, apenas, um adiantamento da sentença, em caráter provisório, desde que se torne presente uma probabilidade razoável do direito material.

Na busca de um entendimento mais abrangente a respeito das medidas cautelares, há de se considerar, também, o tempo como elemento influente para a sua conceituação. Isso porque, quando se pensa em qualquer entidade processual, o tempo exerce uma forte influência na sua configuração, pois ele há de sempre atuar como um fator positivo para que a norma formal alcance o seu objetivo que é a entrega rápida da prestação jurisdicional.

A tutela cautelar visa, também, a impor, uma solução para esse problema, pois, dela pode resultar a retroatividade da eficácia do direito material discutido com a antecipação de atos executivos. Tudo embora em caráter provisório, porém, com o sentido de fazer com que a sentença seja aplicada levando em conta o momento em que ocorreu a violação do direito. Evita-se, conseqüentemente, prejuízo para a parte que tem razão, tomando-se efetiva a prestação jurisdicional.

A inspiração da medida cautelar traduz prestígio para o processo, pois se evita o risco de não se tornar efetivo o resultado da sentença judicial e de não se transformar o *decisum* em simples peça doutrinária.

## 2. Condições Processuais para a Ação Cautelar

O efetivo exercício da ação cautelar está subordinado às condições da ação contempladas no item VI, do art. 267, do CPC (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e interesse processual) e as denominadas de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. As três primeiras condições são denominadas de genéricas; as duas últimas de específicas.

Registre-se que o estabelecimento de tais condições nem sempre se situou de modo pacífico na doutrina. Já se defendeu que o *fumus boni iuris* devia ser considerado como elemento integrante da possibilidade jurídica do pedido e que o *periculum in mora* nada mais era do que o interesse.

Em rebate a essa isolada posição, confira-se o que afirmou João Carlos Pestana de Aguiar Silva:

Na verdade, poderá haver possibilidade jurídica, sem concorrer à evidência o *fumus boni iuris*, o mesmo podendo se dar em sentido contrário. Como exemplo da primeira hipótese, temos a ação cautelar com pedido de medida cautelar inaudita altera parte. Poderá, em tal caso, haver possibilidade jurídica, mas faltar, em exame a priori, a demonstração do *fumus boni iuris*, só passível de aferição, admita-se, e até mesmo negativamente, na sentença final cautelar. Note-se que o caráter de urgência fica postergado, pois a medida requerida só a final poderá ser concedida. Já como exemplo de presença do *fumus boni iuris* sem possibilidade cautelar temos o pedido cautelar destinado à obtenção de uma medida constritiva de urgência para compelir um arquiteto de renome a entregar o projeto arquitetônico elaborado para um determinado empreendimento, ou o autor famoso a cumprir a obra contratada ou, por fim, qualquer artista ou profissional insubstituível a executar a *obligatio faciendi* ajustada. Neste

caso, se, por força da regra de Celso - *nemo ad factum precise cogi potest* – o interessado no cumprimento de uma obrigação de fazer não puder exigir a execução coercitiva, *manu militari*, do devedor para prestar o fato que não possa ser realizado por terceiro, menos o poderá através de ação cautelar. Logo, ainda que concorra em exame prévio o *fumus boni iuris*, não haverá possibilidade jurídica para o pedido cautelar (p. 8 , verbete Ação Cautelar, *Digestão do Processo*, vol. 1).

Do mesmo modo, pode existir o interesse de agir sem que concorra o *periculum in mora* ou vice-versa. A análise de cada caso concreto tornará real essa afirmação.

Conclui-se, portanto, com a afirmação de que, diferentemente da ação de conhecimento e da executória, a ação cautelar exige cinco condições para a sua presença em juízo: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam*, demonstração do interesse, caracterização do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

A afirmação conclusiva que se acaba de fazer não tem, contudo, força absoluta. Como bem retraíam renomados doutrinadores (Sidney Sanches - *Poder Cautelar Geral do Juiz*, 1978, p. 38; Ovídio Baptista da Silva - *As Ações Cautelares e o Novo Código de Processo Civil*, 1973, pp. 68 e 69; Ronaldo da Cunha Campos - *Estudos de Direito Processual*, 1974) há possibilidade da existência de determinadas ações cautelares onde não se exige o exame da aparência do bom direito. Certo que há dissidência doutrinária sobre a matéria, tomando, assim, o debate mais atraente.

Os exemplos a respeito do pensamento exposto por último são as ações cautelares específicas que têm um conteúdo probatório, como as justificações, as notificações, interpelações e protestos, a produção antecipada de provas e outras inominadas, porém, com as mesmas características. Não se toma necessário o aprofundamento, a respeito da possibilidade do bom direito, pois tais medidas cautelares não importarem

em restrição de direitos e não envolverem controvérsias cristalizadas entre as partes.

Mesmo presente essa fuga a um dos pressupostos específicos para tais tipos de ações cautelares, elas não se afastam da conceituação pregada por Calamandrei, de que, através delas,

*se decide interinamente, en espera de que através del processo ordinário se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, a una de las partes danos irreparables.*

O interesse de agir na ação cautelar tem natureza instrumental. É, conseqüentemente, secundário em se considerando o direito substancial, portanto, primário, que será motivo circunstanciado da sentença. Do mesmo modo que nas ações em geral, o interesse de agir na cautelar se caracteriza por uma situação favorável à entrega da prestação jurisdicional. É o retrato, em síntese, de uma demonstração de que existe um clima idôneo para a concessão da tutela pedida, o que significa, na expressão de Liebman, *Manuale di Diritto Proc. Civile*, p. 41, ser dado da relação entre a situação antijurídica, que vem denunciada, e a sentença que se pede, para decidir, mediante a aplicação do direito.

A legitimação para desencadear a ação cautelar é a capacidade do agente de ser titular da mesma. Define, de modo preciso, a pessoa que tem o interesse de agir e contra quem o fenômeno interativo irá atuar.

A possibilidade jurídica se concentra na evidência de que o ordenamento jurídico comporta o conhecimento da matéria pretendida discutir. No particular, deve ser acentuado o entendimento de que não se exige a contemplação expressa no ordenamento jurídico para que ocorra a possibilidade jurídica. Desde que não exista vedação explícita por norma válida e eficaz, há sempre de se entender que a possibilidade jurídica está presente.

Como visto, na ação cautelar, como nas ações em geral, as condições genéricas para a sua existência se identificam.

Ocorre, como já assinalado anteriormente, que duas outras condições específicas são exigidas para o curso da ação cautelar: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

O *periculum in mora*, não obstante ser elemento determinante do interesse de agir, tem um espectro mais amplo, por não ser um perigo genérico de dano jurídico. Ele há de se apresentar, de modo específico, em decorrência da demora na entrega da medida definitiva. Como bem acentuou Pietro Calamandrei, in *Introducción al Estudio Sistemático de las Provas Cautelares*, trad. Sentil Melendo, Ed. Bibl. Arg., B. Aires, 1945, p. 48,

é a impossibilidade prática de acelerar a emanção da providência definitiva que faz surgir o interesse da emanção de uma medida provisória. É a mora desta providência definitiva, considerada em si mesma como possível causa de dano ulterior, que se trata de prevenir com uma medida cautelar, que antecipe provisoriamente os efeitos da providência definitiva.

O certo é que, ao ser examinado pelo juiz o *periculum in mora*, deve se apresentar uma situação que caracterize uma probabilidade sobre a possibilidade de um dano. Não necessita, conforme ensina a melhor doutrina, haver certeza desse dano, como pretendeu Calamandrei, sendo suficiente, apenas, que seja provável, tudo examinado de modo objetivo e com base nos fatos alegados e provados.

A última das condições da ação é a demonstração do *fumus boni iuris*, isto é, que exista uma probabilidade e verossimilhança do direito cautelar pretendido com o a ser discutido na ação principal, sem se destacar ser necessário se dizer da procedência do direito ou não. Decorre desse posicionamento que a medida cautelar pode ser concedida e, em julgamento final, o pedido da ação principal ser considerado improcedente. Com precisão demonstrou Liebman, in *Unitá del*



*procedimento cautelar, in Problemi*, pp. 107 e 108, essa diferenciação ao expor que a cognição do juiz sobre a ação cautelar tem uma função meramente instrumental, como meio para a atuação da cautela, mas não tem qualquer eficácia própria.

### **3. Características Básicas da Ação Cautelar**

A identificação das características básicas da ação cautelar contribui para a fixação de uma visão global sobre a sua capacidade de produzir efeitos processuais que redundam em um estado de segurança para o jurisdicionado.

A sistematização desse estudo sugere que tais características sejam expostas de modo ordenado para que sejam compreendidas com toda a extensão contida.

São, com base nos pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais, as seguintes:

a) É um terceiro gênero de ação, ao lado do processo de conhecimento e do de execução, com a missão de expressar o exercício de uma atividade jurisdicional.

b) Se o juiz, quando em contato com aparência de bom direito, atua como administrador de interesses privados, como o faz na jurisdição voluntária, não age com função jurisdicional cautelar. Ele exerce função administrativa de prevenção geral, não obstante seguir o mesmo procedimento determinado pela lei para a ação cautelar.

c) A ação cautelar é uma medida processual que visa especificamente a proteger a eficácia do julgado a ser posto no processo principal já encaminhado ou a ser proposto, assegurando a essencialidade da sua função que é a composição da lei ou a satisfação do crédito depositado em juízo.

d) É da essência da medida cautelar a acessoriedade e a provisoriedade, sem que isso produza reflexo em sua autonomia.

e) A decisão na medida cautelar não tem efeito de coisa julgada.

Decorre daí que, se houver mudança dos fatos que inspiraram a concessão da garantia, pode ser revogada, modificada ou substituída, desde que haja provocação da parte interessada.

f) A função do órgão jurisdicional no processo cautelar é meramente instrumental, pois não tem qualquer eficácia autônoma, não gera título executivo, não satisfaz plenamente o credor.

g) Por ter um processo e procedimento próprios, goza de autonomia, pelo que não pode ser proposta, de modo cumulado, com o processo principal.

h) É possuidora de uma finalidade específica que é a de evitar, no limite do possível, qualquer alteração do equilíbrio inicial das partes, em decorrência das dificuldades geradas pela demora dos trâmites processuais.

i) O procedimento cautelar se caracteriza pela sua unidade. Não se divide em fases. Inexiste, portanto, com limites definidos, uma fase de conhecimento e outra de execução, como em regra acontece com as demais formas processuais. Com razão Liebman, contrariando Alfredo Rocco, ao afirmar que "a medida cautelar acaba somente com a plena atuação da cautela, qualquer que ela seja, não podendo ser fracionada em fases diversas e sucessivas, mais ou menos independentes entre si" (in *Unità dli Proc. Cautelare*, in *Problemi*, p. Ior e ss.).

j) A tutela jurisdicional que ela entrega é de natureza subsidiária, complementar, pelo que nada mais é do que um instrumento

processual que tem por finalidade proteger o processo principal e o seu objeto.

#### **4. A Eficácia da Medida Cautelar Vista pela Jurisprudência**

Tenho, em várias outras oportunidades, destacado o valor da jurisprudência como fonte dimensionadora do direito positivo. Entendo que as decisões judiciais, quando analisadas dentro do contexto da realidade prática que nos oferece a ordem jurídica, se apresentam como o melhor termômetro definidor do real sentido da norma positiva, não só por revitalizar o seu conteúdo, mas também por atualizar a mensagem nela contida.

A experiência judicante comprova que é através do juiz que o direito legislado se apresenta com sentido mais lógico e com compreensão acentuada, tendo em vista o aprofundamento que é feito para fixação da sua mensagem e conteúdo. Adquire, em vinculação com o caso concreto, estágio de validade e produz eficácia, além de ser causa aceleradora do processo de sua gestação e de sua criação.

O conjunto de decisões judiciais constitui elemento caracterizador do conceito de jurisprudência, que nada mais é do que regular expediente de interpretação adotado pelo Poder Judiciário na análise da norma jurídica, com função específica de descobrir e elucidar o verdadeiro objetivo e carga do direito positivo.

A jurisprudência é resultante da atividade judicante, inequívoca manifestação do poder estatal em decorrência da provocação que lhe é feita. Essa atividade, ao alcançar o nível de coisa julgada, se apresenta no ordenamento jurídico como norma individual, fazendo lei entre as partes. Por incidência direta desse efeito, afirma-se, com razoável aceitação que a sentença judicial tem a característica ímpar de melhor se ajustar ao critério da relatividade do justo ou do injusto,

considerando-se, de modo individualizado, isto é, entre partes, o litígio examinado.

O aspecto pragmático da jurisprudência, sob uma visão histórica, tem sido dividido em dois sentidos: o estrito (conjunto de sentenças judiciais já definitivamente julgadas, onde é dada credibilidade geral ao conteúdo normativo positivado) e o lato (se apresenta como sendo parte integrante da ciência do Direito, no estágio de doutrina científica, pelo que é considerada fonte formal indireta ou subsidiária do Direito)

Realiza, conseqüentemente, a jurisprudência, como resultado das decisões emitidas pelos juízes, a função de concretizar o direito. Isso em razão do fenômeno plenamente conhecido de que a lei dita regra de conduta de efeito abstrato e geral. Só quando ocorre a inobservância espontânea da regra jurídica é que se chama o Poder Judiciário para, após identificar a ocorrência de sua violação, declarar e dar real atuação à sua força, tudo em nome da liberdade e dos direitos de cada pessoa e considerando a ordem objetiva da convivência social.

Exerce a jurisprudência, por ser formada por um complexo vinculado de decisões, sua capacidade preponderante de aceitação, por ser resultado de um ato de julgar onde se apresentam a ponderação, o sopesamento das coisas e a formação de um juízo, tudo exercido com cautela e de modo formal, como elementos influenciadores da sua dignificação. Ela representa a apreciação de vários fatos já valorados e enquadrados, de modo realista, como justos ou injustos. Ela resulta do trabalho feito por intérpretes (juízes) qualificados que examinam a norma positiva com a finalidade de entendê-la em todo o seu significado, considerando, para tanto, a sua vinculação com o ordenamento jurídico por inteiro, pelo que em determinados momentos há necessidade de serem supridas lacunas existentes, bem como procurando inseri-la no contexto de uma realidade social que recebe a pressão dinâmica dos fatos

construídos pelos estamentos da sociedade, o que exige compreensão das exigências formuladas pelos vários segmentos formadores do pensamento nacional e a adequação aos novos valores por acaso surgidos.

Configura-se, portanto, em relação aos fenômenos jurídicos, um atuar da jurisprudência que se caracteriza pela sua imposição como interpretação pacificadora da legislação que a rege, facilitando, assim, a tarefa da aplicação do direito positivo ao fato concreto.

O estudo sistemático da jurisprudência sobre a medida cautelar contribui para aperfeiçoar a interpretação sobre as regras positivas que a comandam. Tem, assim, função específica de impor segurança na realização e na concretização da cautela que produz, em benefício do prestígio do direito.

Com as considerações supra, tenho como justificada a razão do destaque dado ao presente item deste trabalho, quando passou a examinar alguns posicionamentos jurisprudenciais, adotando a técnica de sintetizar o sentido das decisões através de formulações.